

Délibération n°2009-422 du 21 décembre 2009

Emploi privé – Subordination – Nationalité – Observations

Le procureur de la République près le tribunal de grande instance a saisi la haute autorité aux fins de présenter des observations conformément à l'article 13 de la loi du 30 décembre 2004.

Le Collège :

Vu le code pénal,

Vu la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droit et obligations des fonctionnaires,

Vu la loi n°98-567 du 8 juillet 1998 instituant une commission consultative du secret de la défense nationale,

Vu la loi n°2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité et notamment son article 13,

Vu le décret n°2001-745 du 24 août 2001 relatif à la détermination des autorités ayant qualité pour définir au nom du ministre de la défense le besoin de protection des zones protégées, procéder à leur délimitation et fixer les conditions dans lesquelles sont délivrées les autorisations d'y pénétrer,

Vu le décret n°98-608 du 17 juillet 1998 relatif à la protection des secrets de la défense nationale,

Vu le décret n°2005-215 du 4 mars 2005 relatif à la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité,

Vu l'instruction générale interministérielle sur les protections du secret de la défense nationale du 25 août 2003

Sur proposition du Président,

Décide :

Par courrier du 24 mars 2009, le procureur de la République près le tribunal de grande instance a sollicité l'avis de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité concernant une offre de travail intérimaire, sur une base militaire qui serait habilitée « secret défense » soumise à une condition de nationalité française.

Le Collège de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité adopte les termes des observations annexées ci-après.

Le Président

Louis SCHWEITZER

Observations dans le cadre de l'article 13 de la loi du 30 décembre 2004

FAITS

L'offre d'emploi publiée par l'ANPE est libellée comme suit :

« *ELECTRICIEN/ELECTRICIENNE DU BATIMENT H/F*
Vous travaillerez sur une base militaire. Ce site est habilité secret défense donc vous devez avoir la nationalité française et un casier judiciaire vierge (...) ».

DISCUSSION

Aux termes des articles 225-1 et 225-2 5° du Code pénal, constitue le délit de discrimination, le fait de subordonner une offre d'emploi à un critère de nationalité.

L'article 225-3 du même code énonce un certain nombre de dérogations au principe de non-discrimination et dispose notamment dans son dernier alinéa :

«*[Les dispositions de l'article précédent ne sont pas applicables :] 5° Aux refus d'embauche fondés sur la nationalité lorsqu'ils résultent de l'application des dispositions statutaires relatives à la fonction publique.* »

En l'espèce, l'ANPE a diffusé, courant octobre 2008, une offre de travail intérimaire d'une durée de un mois pour un poste d'électricien du bâtiment sur une base militaire.

Les personnes mises à disposition par une entreprise de travail temporaire bénéficient de contrat de travail de droit privé. L'intérimaire engagé pour le poste n'avait pas vocation à se voir appliquer les dispositions statutaires de la fonction publique. En conséquence, l'article 225-3, 5° n'est pas applicable.

La responsabilité pénale de la personne physique et/ou morale, auteur de l'annonce pourra donc être engagée sauf à démontrer que la subordination de l'offre d'emploi à une condition de nationalité était prescrite ou autorisée par des dispositions législatives ou réglementaires en application de l'article 122-4 du Code pénal.

Pour travailler sur la base, l'intérimaire doit pouvoir y accéder. Il ne ressort d'aucun des textes¹ examinés, que la nationalité française constitue une condition d'accès aux sites militaires classés. De surcroît, aux termes de l'article 22 de l'instruction générale

¹ Outre le code pénal et le code de procédure pénale notamment les dispositions relatives au casier judiciaire (les articles 768 et suivants et R65 et suivants et du même code) et à celles concernant les sites classés (article 413-1et suivant du Code pénal) :

- Loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droit et obligations des fonctionnaires
- Loi n°98-567 du 8 juillet 1998 instituant une commission consultative du secret de la défense nationale
- Décret n°2001-745 du 24 août 2001 relatif à la détermination des autorités ayant qualité pour définir au nom du ministre de la défense le besoin de protection des zones protégées, procéder à leur délimitation et fixer les conditions dans lesquelles sont délivrées les autorisations d'y pénétrer
- Décret n°98-608 du 17 juillet 1998 relatif à la protection des secrets de la défense nationale.
- Instruction générale interministérielle sur les protections du secret de la défense nationale du 25 août 2003

interministérielle sur les protections du secret de la défense nationale, il est possible d'habiliter les ressortissants étrangers aux niveaux Confidentiel-Défense et Secret-Défense. Les ressortissants étrangers devraient donc pouvoir accéder aux sites classés dans les mêmes conditions que les ressortissants français.

Ces conditions sont exposées à l'article 413-7 du Code pénal, duquel il ressort que l'accès aux établissements intéressant la défense nationale est soumis à autorisation, dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat.

Il n'existe donc aucune disposition générale empêchant les ressortissants étrangers d'accéder aux sites classés, ceux-ci devant simplement y avoir été autorisés comme les nationaux.

L'article 2 du décret n°2001-745 du 24 août 2001 fixe les conditions dans lesquelles les autorisations d'accès aux sites sont délivrées. Il ressort ainsi de cet article que : *«...l'officier général commandant de la défense aérienne et des opérations aériennes et les commandants organiques à compétence territoriale, dont la liste est fixée par le ministre de la défense, reçoivent délégation de pouvoir pour déterminer par arrêté, à l'intérieur des établissements et services relevant de leur commandement [...] les directives fixant les conditions dans lesquelles sont délivrées les autorisations de pénétrer dans ces zones. »*

L'arrêté qui a été pris pour fixer les conditions dans lesquelles les autorisations d'accès à la base militaire doivent être délivrées ne figure pas au dossier. Si ce texte n'a pas fixé une condition de nationalité, la subordination du poste d'électricien en bâtiment intérimaire à une condition de nationalité française est illégale et constitue le délit de discrimination.

Si l'arrêté fixe une condition de nationalité, c'est le caractère discriminatoire ou non de ce texte qu'il convient d'analyser.

Telles sont les observations que la haute autorité pourrait formuler au titre de l'article 13 de la loi du 30 décembre 2004.